



**Centro Universitário de Brasília  
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

**TARCISO DA SILVA MARQUES FILHO**

**O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA COMO FORMA DE EXCLUSÃO  
DA TIPICIDADE DO AGENTE: UMA ABORDAGEM À LUZ DA  
TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

Brasília  
2010

**TARCISO DA SILVA MARQUES FILHO**

**O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA COMO FORMA DE EXCLUSÃO  
DA TIPICIDADE DO AGENTE: UMA ABORDAGEM À LUZ DA  
TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processual Penal.

Orientador: Prof. Douglas Fischer

Brasília  
2010

**TARCISO DA SILVA MARQUES FILHO**

**O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA COMO FORMA DE EXCLUSÃO  
DA TIPICIDADE DO AGENTE: UMA ABORDAGEM À LUZ DA  
TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

Trabalho apresentado ao Centro  
Universitário de Brasília (UnICEUB/ICPD)  
como pré-requisito para a obtenção de  
Certificado de Conclusão de Curso de  
Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito  
Penal e Processual Penal.

Orientador: Prof. Douglas Fischer

Brasília, 03 de dezembro de 2010.

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr. Luís Wanderley Gazoto

---

Prof. Dr. Gilson Ciarallo

**Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pelo dom  
da vida que me deste.  
À minha esposa Diany pelo amor dedicado nestes 21  
anos de matrimônio.  
Aos meus filhos, Marina Beatriz e Pedro Paulo,  
presente de Deus, alegria do meu viver.**

## AGRADECIMENTOS

Assim que terminei minha monografia me propus a realizar a parte mais instrumental de sua apresentação. Ao chegar neste ponto percebi que o item indicado aos “agradecimentos” é tido como opcional.

Talvez, aqui, ao contrário do que possa parecer, seja o ponto mais importante, fundamental e obrigatório que deva me manifestar. E, de logo, deve-se registrar que muito provavelmente as palavras não se apresentarão na mesma proporção da dívida de reconhecimento e apreço ao qual fui presenteado ao longo destes um ano e meio de convivência.

Mas é preciso iniciar meus agradecimentos por aquele que definitivamente cuidou para que a semente do desejo pelo conhecimento do Direito Penal pudesse se desenvolver. Ao meu prezado Professor Francisco Leite Oliveira, ou simplesmente Chico Leite, Promotor de Justiça, Deputado Distrital mais votado nas eleições de 2010, atuante homem público pelas igualdades sociais, mas principalmente um exímio Professor de Direito Penal, de quem, como disse, herdei o fascínio pelo estudo das Ciências Criminais.

Do também Professor Douglas Fischer, membro do Ministério Público Federal, meu digníssimo orientador, cujo convite teve aceitação imediata, obtive a confiança necessária para o desenvolvimento do tema, tendo recebido de seus sábios ensinamentos o alerta da complexidade e tortuosidade do caminho que deveria percorrer. Espero, com franqueza, ter correspondido às suas expectativas.

Ao Centro Universitário de Brasília – Uniceub em que em tempos pretéritos tive o prazer de me formar no Curso de Graduação em Licenciatura em Matemática, para só depois ingressar nos estudos jurídicos, meus sinceros agradecimentos ao corpo docente, pelas valiosas discussões enfrentadas em sala de aula, as quais em muito enriqueceram minha formação, bem como a todos os prestativos funcionários que souberam estender a mão nos momentos de dificuldade.

Da mesma forma, manifesto minha gratidão aos servidores da Biblioteca Oscar Saraiva do Superior Tribunal de Justiça pelas pesquisas realizadas, sem a quais não obteria o sucesso na realização desta empreitada, além, é claro da valiosa ajuda da minha colega Andréia Marques Solter de Azevedo.

Não posso também deixar de externar minha imensa satisfação para com a turma do curso de pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal, pela fraterna convivência, bem como para com dois amigos em especial, Monique Elba Marques de Carvalho Sampaio de Souza e Elieuton Sampaio Gois, a prova maior de que as aulas não se encerraram quando o curso termina. A amizade permanece!

Ainda expresso meus agradecimentos ao Superior Tribunal de Justiça, instituição onde trabalho, por propiciar as condições necessárias à participação deste curso de Pós-Graduação, reconhecendo que os recursos destinados a esta formação tiveram origem nos impostos, e, portanto, recolhidos por todos do povo que constitui esta Nação, razão do serviço público.

À minha Família, minha avó, irmã, Pais, esposa e filhos, todos me servindo como rochas a sustentar a construção dos meus conhecimentos. E por toda a entrega, aos meus Pais, Tarciso e Erinalda, pelos esforços infindáveis em minha criação, e no custeio dos meus estudos, do sacrifício do trabalho noturno, acompanhada da certeza da honestidade e formação de um caráter ético, bem como pelos respeitáveis aconselhamentos que servirão para toda minha existência.

Em especial à minha amada esposa Diany, companheira nos estudos jurídicos, pelo incentivo e pela força que me propulsiona em aprender sempre mais, e pela paciência pela ausência, principalmente aos finais de semana e feriados destinados à execução do presente trabalho.

Por fim, mesmo não sendo digno de estar em Sua presença, mas muito mais por Sua infinita misericórdia, meu agradecimento ao Todo Poderoso, Senhor dos Senhores, meu Senhor e meu Deus, que tudo criou, porque sei que sou pó e ao pó voltarei, mas pela fé, viverei eternamente em seu infinito amor.

A todos, o meu muito obrigado!

O que há muito tempo foi previsto acontece. E, apesar de tudo, acontece com um tempo de atraso de – contando nos dedos – algo entre meio século e um século inteiro. E há tempos já vem acontecendo. E decerto vai continuar acontecendo por um bom tempo. E ainda nem sequer acontece.

Racionalidade científica sem racionalidade social fica vazia, racionalidade social sem racionalidade científica, cega.

Ulrich Beck

Guiados pela força de Deus aqui chegamos e abençoados por Ele seguiremos.

## RESUMO

O objetivo da presente monografia é discutir o papel da vítima dentro da teoria do delito, cujo tema ainda carece do devido amadurecimento. Inicialmente, se faz uma evolução sintetizada da teoria do tipo penal, visualizando sua importância como tipo delitivo, na medida em que o tipo formal há muito tempo deu lugar à concepção de tipo material. Em seqüência se faz uma abordagem dentro parâmetros da imputação objetiva, tecendo críticas à causalidade típica, para se chegar a uma compreensão de criação de risco juridicamente desaprovado e de realização de risco não permitido (Clauss Roxin) na estrutura do tipo, bem como por suas excludentes, dentre elas a auto-colocação da vítima em perigo. De outro lado, também se promove uma introdução ao estudo da vitimodogmática, abrindo mais uma porta de análise da apreciação da vítima diante do sistema penal. Por fim, deseja-se demonstrar que determinados comportamentos do ofendido, o qual detém responsabilidade diante de alguns bens jurídicos, podem repercutir, de alguma forma, em uma atipicidade da conduta do infrator.

**Palavras chave:** Imputação objetiva. Vitimodogmática. Atipicidade da conduta.



## ABSTRACT

The aim of this paper is to discuss the role of victims within the theory of crime, a theme that still lacks due maturity. Initially, a synthesized study of the evolution of the theory of crime typology will be made, evaluating its relevance as a criminal type, to the extent that the formal type theory has long since been replaced with the concept of a substantive type. In sequence, a study within the parameters of objective imputation, criticizing the typical causation, to reach an understanding of the creation and realization of a juridically disallowed risk (Clauss Roxin) in the type structure, as well as its defenses, among them the victim's self-endangerment. On the other hand, a study of vitimology is also done, leading to the examination of the victim assessment before the criminal justice system. Finally, we intend to demonstrate that certain behaviors of the victim, who has responsibility before some protected legal rights, can spread to the atypicality of the offender's conduct.

**Keywords:** Objective imputation. Vitimology. Atypicality of conduct.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>11</b>
<b>1 EVOLUÇÃO DA TEORIA DO TIPO PENAL</b>	<b>12</b>
1.1 Noções gerais	12
1.2 Teoria Causal-Naturalista	12
1.3 Conceito Causal-Neokantiano	13
1.4 Teoria Finalista	13
1.5 Teoria Social da Ação	14
1.6 Funcionalismo Moderado de Claus Roxin	14
<b>2 IMPUTAÇÃO OBJETIVA</b>	<b>16</b>
2.1 Noções Gerais	16
2.2 Aspectos históricos	17
2.3 Fundamentos da imputação objetiva	19
2.3.1 Criação de um risco juridicamente desaprovado	20
2.3.2 Realização do risco não permitido	21
2.4 Causas excludentes da imputação objetiva	22
2.4.1 Realização de risco juridicamente irrelevante	23
2.4.2 Diminuição do risco	24
2.4.3 Realização de risco juridicamente permitido	25
2.4.4 Princípio da confiança	28
<b>3 A VÍTIMA PARA O DIREITO PENAL</b>	<b>29</b>
3.1 Noções gerais	29
3.2 Vitimologia e Vitimodogmática	30
3.3 A Vitima diante do Sistema Penal	31
<b>4 O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA COMO FORMA DE EXCLUSÃO DA TIPLICIDADE DO AGENTE</b>	<b>33</b>
4.1 Noções gerais	33
4.2 A conduta da vítima frente à Teoria do Delito	35
4.2.1 Alcance do tipo	35
4.2.2 A vítima e a imputação objetiva	36

4.2.3 A auto-colocação da vítima em perigo e seus parâmetros de atipicidade	38
<b>5 ESTUDO DE UM CASO CONCRETO</b>	<b>44</b>
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>49</b>
<b>ANEXO AC n. 25220-2/213 (200400100163) – TJGO</b>	<b>51</b>

## INTRODUÇÃO

O tratamento da vítima para o sistema penal passou de um esquecimento quase que absoluto, para assumir grande relevância, como se pode observar no sistema conciliatório proposto pela Lei nº 9.099/95. Entretanto, apesar disso, ainda há o que se evoluir, no sentido de se trazer à discussão qual significado pode representar a figura da vítima perante a própria teoria do delito.

Para esta reflexão, optamos neste trabalho em apresentar alguns argumentos que possibilitem compreender de que forma o comportamento da vítima pode repercutir na atipicidade da conduta do agente, tendo em vista que o direito penal, mesmo com os grandes avanços experimentados especialmente no Século XX, ainda não amadureceu o suficiente para vislumbrar a amplitude do tema.

Para tanto, no primeiro capítulo, discorre-se sobre a evolução do tipo penal, visando-se perceber melhor o tipo de delito vigente atualmente.

Em um segundo momento, destaca-se a imputação objetiva, quanto à sua importância, bem como de que forma os conteúdos normativos podem repercutir no tipo penal, inclusive a autocolocação da vítima em perigo.

No terceiro capítulo faz-se uma breve abordagem sobre vitimodogmática, possibilitando uma visão quanto aos atos praticados pelo ofendido, e sua repercussão na dogmática penal.

No penúltimo capítulo, são propostos alguns parâmetros de discussão, no sentido de se esclarecer de que forma o próprio ofendido poderia se conduzir a ponto de tornar atípica a conduta do infrator.

Por fim, se apresenta um estudo contemplando um caso concreto, tendo como parâmetro as premissas anteriormente estudadas.

## 1 EVOLUÇÃO DA TEORIA DO TIPO PENAL

### 1.1 Noções Gerais

O cometimento de um fato criminoso se dá pela ocorrência de uma ação humana, positiva ou negativa, decorrente de uma vontade capaz de se orientar pelo dever da norma, em contrariedade a um dispositivo legal (melhor seria falar em contrariedade ao comando da norma), a qual desemboca em uma realização do tipo delitivo (TOLEDO, 1994).

Para a compreensão do fato típico foram determinantes algumas teorias, dentre elas a Teoria Causal-Naturalista, o Neokantismo, o Sistema Finalista, a Teoria Social da Ação e o Funcionalismo Moderado de Roxin.

### 1.2 Teoria Causal-Naturalista

A conhecida Teoria Causal, construída por Franz Von Liszt e Ernest Von Beling, no final do Século XIX e início do Século XX, foi influenciada pelo positivismo, pretendendo enquadrar os fenômenos jurídicos aos das ciências naturais, como a Física.

Desta forma, o tipo penal era estritamente objetivo, neutro, desprovido de qualquer valoração (ROCHA, 2002). A tipicidade era a mera descrição abstrata do crime, o chamado “tipo oco”, já que o que importava era a produção causal do resultado, com notória modificação do mundo exterior.

Ensina Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 82) que

O modelo clássico de ação estrutura o sistema clássico de crime, baseado na separação entre processo causal exterior (causação do resultado) e relação psíquica do autor com o resultado (conteúdo da vontade, sob as formas de dolo e imprudência), que fundamenta a concentração dos elementos causais objetivos na antijuridicidade típica, e dos elementos psíquicos subjetivos na culpabilidade.

De fato, para o modelo causalista, houve a produção de um Direito Penal desprovido de valoração.

### 1.3 Conceito Causal-Neokantiano

Desenvolveu-se um conceito neokantista para o tipo penal, entre os anos de 1900 a 1930, por Frank, Hadbruch, contudo o mais importante estudioso deste período foi Edmund Mezger.

O fato típico, na verdade, não é neutro, como se dizia. Há um conteúdo valorativo, de percepção negativa. O fato típico retrata uma conduta valorada negativamente. Se o legislador escreveu determinada conduta no tipo, é porque essa conduta foi valorada negativamente, como por exemplo: matar, subtrair, lesionar, danificar. Percebe-se que só há verbos com cargas negativas (GOMES, 2007).

### 1.4 Teoria Finalista

Mesmo com esta percepção valorativa, ainda havia uma deficiência tanto para o Sistema Causal-Naturalista, quanto para o Neokantismo, na medida em que ambos não produziam considerações acerca da subjetividade da conduta. Atirar em alguém, não lhe ocasionando a morte, por exemplo, visto por um terceiro, pode ser enquadrado como tentativa de homicídio, lesão corporal, ou disparo de arma de fogo, ou, talvez, sequer ser crime, eis que o indivíduo poderia estar acobertado por alguma excludente de ilicitude, como a legítima defesa.

Visto por este ângulo, não se pode, pois, considerar como correto o enquadramento típico de uma conduta, apenas pela perspectiva do nexos causal, eis que há que se ter em consideração outros componentes.

Com o advento da Teoria Finalista, promovida por Hans Welzel, na metade do Século XX, observa-se que já não mais se vê o tipo como forma de proteção causal ao bem jurídico. O tipo passa a compreender elementos anímicos em sua estrutura, eis que o dolo e culpa, outrora situados na Culpabilidade, migram para o Fato Típico. Esse fato, para ser punível, desde logo se deve perquirir acerca

da intenção do agente, isto é, para qual finalidade foi dirigida sua conduta, verificando-se, assim, qual bem jurídico foi norteadada a ação criminosa.

Para Hans Welzel (2001, p. 28),

Dado que a finalidade baseia-se na capacidade da vontade de prever, dentro de certos limites, as conseqüências de sua intervenção no curso causal e de dirigir, por conseguinte, este, conforme um plano, à consecução de um fim, a espinha dorsal da ação finalista é a vontade, consciente do fim, reitora do acontecer causal. Ela é o fator de direção que configura o suceder causal externo e o converte, portanto, em uma ação dirigida finalisticamente; sem ela, ficaria destruída a ação em sua estrutura e seria rebaixada a um processo causal cego. A vontade final, como fator que configura objetivamente o acontecer real, pertence, por isso, à ação.

## 1.5 Teoria Social da Ação

Registre-se, como aperfeiçoamento do Sistema Finalista, o desenvolvimento da Teoria Social da Ação, cuja conduta, para ser típica, haveria de se considerar a relevância social de sua prática, o que, sem dúvida alguma, já se pode concluir pela incidência de uma valoração ao conteúdo do tipo.

É nesta perspectiva valorativa que se concebem o Princípio da Insignificância em que “se eliminam do injusto as ações que impliquem danos de pequena monta ao bem jurídico protegido” e o Princípio da Adequação Social, na medida em que “o comportamento que se verifica dentro dos parâmetros da normalidade não pode ser considerado típico, ainda que cause lesão ao bem jurídico” (ROCHA, 2002, p. 23).

## 1.6 Funcionalismo Moderado de Claus Roxin

Diante dos mencionados avanços, há que se considerar o Funcionalismo Moderado de Claus Roxin, fruto de seus estudos a partir de 1970. Para o citado autor, o Direito Penal não pode ser estudado apartado da política criminal. Os critérios e princípios de política criminal devem orientar as categorias penais, ou seja, tipicidade, antijuridicidade, etc.

Os conhecidos Princípios da Insignificância e Adequação Social são exemplos de que o moderno Direito Penal incorporou em definitivo um aspecto social-valorativo, isto é, a necessária observância de um conteúdo material em que se deve aproximar a dogmática jurídica da realidade social (ROCHA, 2002).

Ressalte-se ainda que a maior contribuição do funcionalismo de Roxin à teoria do tipo penal foi a absorção dos conceitos da imputação objetiva, a ser estudada no próximo capítulo, cuja ideia central está a de se avaliar a conduta do agente quando o resultado se traduz numa consequência direta do risco por ele criado (GOMES, 2007).



## 2 IMPUTAÇÃO OBJETIVA

### 2.1 Noções Gerais

Conforme se denota, o Direito Penal não se contentou apenas em possuir elementos objetivos e subjetivos na estrutura do tipo. Inicialmente, houve espaço também para os chamados elementos normativos do tipo, de conteúdo valorativo, como se pode citar, no exemplo clássico, “mulher honesta”, chegando-se a uma concepção de tipo material, em que a conduta para ser típica deve alcançar determinado grau de desvalor, bem como o próprio bem jurídico se ver ameaçado ou sofrer dano, ou mesmo uma exposição a perigo de dano.

Ainda assim, havia o que se progredir, afinal não era apenas o reconhecimento de um nexo causal entre conduta e resultado para que se concluísse pela existência de um fato típico.

Havia, pois, uma lacuna, com a qual o Direito Penal não encontrava respostas esclarecedoras. O elo fragilizado a que nos referimos estava justamente no nexo causal. Inicialmente tal nexo era explicado pela teoria da equivalência dos antecedentes (***conditio sine quae non***), em que se considerava causa tudo o que contribuísse para o resultado. Porém o tratamento para os chamados crimes qualificados pelo resultado não era correto, na medida em que um indivíduo poderia responder por um resultado morte, no caso em que se queria atingir apenas a integridade física da vítima, não obstante não houvesse o elemento anímico, dolo, ou qualquer previsibilidade, portanto, culpa.

Daí, então, surge a chamada teoria da adequação, em que se entende como causa a condição adequada para a produção de determinado resultado. Tal teoria não deixou de ser alvo de críticas, tanto que, na opinião de Antonio Luís Chaves Camargo (2002, p. 57), “a previsibilidade como critério normativo da caracterização das ações inadequadas colide com o problema causal que, mesmo incapaz de configurar uma conduta típica, continua sendo determinante do resultado”, concluindo, o citado autor, tratar-se de “uma teoria mais próxima de uma imputação valorativa, do que, efetivamente, uma teoria capaz de explicitar a relação de causalidade entre uma ação e um resultado”.

Desenvolve-se, pois, a Teoria da Imputação Objetiva, para a qual somente serve ao Direito Penal aquele evento que possa ser enquadrado como relevante à causalidade típica.

Roxin menciona o caso em que o indivíduo A, com intenção de matar, atira em B, contudo, produzindo-lhe apenas ferimentos leves, sendo que a vítima é internada para tratar de seu ferimento, ao tempo em que falece, por conta de um incêndio ocorrido no hospital. Tradicionalmente, o tema é tratado como homicídio tentado ante a excludente do nexo causal (art. 13, § 1.º, do CP). Melhor seria tratá-lo dentro da imputação objetiva, tendo em vista que o perigo criado com a ação do autor, o qual produz um risco não permitido, a ele só pode ser imputado, se tal perigo se realizasse no resultado morte, o que não ocorre. Tal compreensão, todavia, somente pode se perceptível no âmbito da imputação objetiva, afinal, “deve-se perguntar se o tiro disparado pelo autor aumentou de modo juridicamente mensurável o risco de uma morte através de incêndio”, concluindo Roxin (2002, p. 328) que tal resposta deve ser negativa, na medida em que “a estada em um hospital não cria perigo juridicamente relevante de tornar-se vítima de um incêndio”.

## 2.2 Aspectos históricos

A imputabilidade, em grego conhecido como ***deon tina poein***, quer significar algo que possa fazer recair sobre alguém. Já se percebe em Platão uma preocupação com o aspecto positivo das normas, notadamente o aspecto imperativo das leis penais, com uma ideia embrionária de imputação, em um sentido mais ligado à defesa do indivíduo, isto é, a lei rege os acontecimentos, mas não se pode perder de vista esta noção de imputação a qual possa produzir algo de acordo com determinada norma (PRADO, 2006).

Com Aristóteles se observa uma abordagem acerca dos princípios da imputação, no sentido de que apenas a responsabilidade poderia recair sobre um indivíduo se este tivesse controle da sua própria atuação, destacando Luiz Régis Prado (2006, p. 27) que, para Aristóteles, no conceito de imputação “a ênfase é conferida à vontade atual, e nele merece destaque o domínio do fato como elemento ontológico imanente”.

Apesar deste registro histórico apresentado por Luiz Regis Prado, vê-se uma melhor apreensão do tema com o filósofo alemão do direito natural Samuel Pufendorf, ligando o conceito de imputação ao da vontade humana, na medida em que o comportamento humano se orienta conforme se apreende dos significados, sentidos e valores deduzidos por si próprio, mas compreendidos dentro da própria sociedade, destacando Prado (2006, p. 32) que “ao imputar ao homem uma ação ele se torna responsável pelos efeitos dela decorrentes, e a imputação se baseia na liberdade de vontade”, encontrando fundamento no livre-arbítrio.

Georg Hegel, no início do Século XX, formula um postulado sobre o qual se firmou a moderna teoria da imputação objetiva, afirmando que somente os resultados provenientes de uma ação destinada a uma finalidade são passíveis de imputação, salientando Regis Prado (2006, 35) que, para o mencionado autor, “o juízo de imputação é um juízo teleológico, e não causal, visto que a imputação só será possível quando o fato se encontrar vinculado à vontade do agente”

Nas lições de Délio Lins e Silva Júnior (2008, p. 30)

Parte Hegel da premissa de que a ação possui um fim projetado em sua exterioridade, porém esta própria exterioridade pode apresentar elementos externos capazes de modificar o curso dos acontecimentos a ponto de que possam ocorrer resultados longínquos e totalmente inesperados pelo autor, o que garante ao elemento vontade a prerrogativa de assumir apenas os primeiros resultados, ou melhor, apenas aqueles que constavam de seu propósito inicial.

Em 1927, Karl Larenz, baseando-se nos ensinamentos de Hegel, conclui seu doutorado apresentando a tese “A teoria da imputação de Hegel e o conceito de imputação objetiva”, aplicando seus conceitos ao Direito Civil. A finalidade é o eixo para se considerar o resultado como sendo fato imputável ao autor, sendo certo que o acaso, por manter-se fora da compreensão da vontade, não pode ser atribuído ao agente, podendo, entretanto, considerar sua ação culposa, no momento em que as conseqüências forem objetivamente previsíveis. A previsibilidade, para Larenz, é um critério de imputação.

Richard Honig, em 1930, em obra intitulada “Causalidade e imputação objetiva”, importa a ideia de imputação anteriormente estudada no Direito Civil para o Direito Penal, questionando o nexa causal como vínculo entre conduta e resultado,

e argumentando ser necessária uma apreciação de um nexó normativo para se considerar relevante a causação como forma de imputação do resultado.

Comentando pensamento de Honig, Paulo César Busato (2008, p. 9) afirma que o citado autor

Entendia que 'na ciência do direito não é possível que a comprovação do nexó causal em si seja o mais importante, mas deverá discutir-se a explicação de uma determinada propriedade – que corresponde às exigências da ordem jurídica – do nexó existente entre ação e resultado' que representa a relevância jurídica dessa conexão.

Como se vê, o nexó causal não deixa de ter sua aplicação, mas a ele agregou-se um importantíssimo conteúdo normativo, chamado de imputação objetiva.

## 2.3 Fundamentos da Imputação Objetiva

Nos dizeres de Fernando Galvão (2002, p. 29),

A teoria da imputação objetiva considera as propriedades objetivas e gerais da conduta imputável e envolve a discussão sobre a causalidade. Concretamente, as questões da causalidade somente importam aos delitos de resultado em sentido naturalístico. Mas a imputação objetiva, além de observar os critérios da relação de causalidade (quando for o caso), ainda identifica a relevância jurídica do fato, e, portanto, realiza atividade valorativa. Dessa forma, a teoria da imputação objetiva não se restringe a estabelecer a relação causal existente entre uma conduta natural e seu resultado. A relação de causalidade é apenas a primeira exigência da imputação objetiva, que se completa com a verificação da relevância jurídica da relação existente entre conduta e o resultado produzido. A relevância do fato deve ser apurada conforme se tenha produzido situação de risco não autorizado ao bem jurídico, de modo que um resultado somente pode ser objetivamente imputado a um indivíduo quando este houver produzido situação de risco juridicamente proibida e que esse risco tenha se materializado no resultado.

Em linhas gerais, na concepção de Clauss Roxin (2002), a imputação objetiva possui dois traços marcantes: a) a criação de um risco juridicamente desaprovado (desvalor objetivo da ação); e b) realização de um risco juridicamente proibido ou desaprovado (desvalor do resultado). Isso porque o risco é um fator inerente ao convívio social. Logo, uma conduta que se enquadre dentro dos padrões

sociais será valorada apontando-se para significado excludente de tipificação, justamente ante a ausência de imputação objetiva.

### *2.3.1 Criação de um risco juridicamente desaprovado*

Considera-se que ao autor somente pode ser imputado, tendo como típica sua ação, caso sua conduta venha a criar um risco não permitido ao bem jurídico. A criação de um risco, seja permitido ou proibido, deverá ser valorado quanto ao nível de percepção do bem jurídico atingido. Isso porque o Direito Penal tem por finalidade a proteção dos bens jurídicos, os quais são escolhidos pelo legislador como os mais importantes para a sociedade. Assim, não há reflexo social se uma conduta não representar um perigo para o bem jurídico, pena do Direito Penal perder sua representatividade.

O grande questionamento, talvez, seja quanto ao que se considerar como apreciação para se deduzir que determinada conduta repercutiu no âmbito de criação de risco. Para tanto, Roxin se vale do critério de prognose póstuma objetiva, segundo o qual o juiz se coloca como um observador da conduta, no momento anterior à prática do fato, concluindo por previsível o que um homem prudente entenda como tal (ROXIN, 2002).

Nestes termos, Luis Greco, ao traduzir a obra de Roxin, sintetiza algumas observações quanto à compreensão do tema, assim o fazendo com autorização do citado autor, relacionando o critério de prognose póstuma objetiva com os critérios adotados para o delito culposos (ROXIN, 2002).

Assim, no exemplo em que um sobrinho manda o tio viajar de avião, na esperança que haja um ataque terrorista, vindo o tio a falecer, a fim de que receba a herança, torna-se suficiente saber se um homem prudente, colocado na posição do autor, teria como saber da ocorrência do resultado. Ora, se não há previsibilidade, não haverá causalidade do ponto de vista da imputação objetiva. Note-se que, neste caso, verifica-se a existência de um nexo causal entre a ação e o resultado, porém este é irrelevante juridicamente.

### 2.3.2 Realização do risco não permitido

O critério para a conceituação da realização do risco não permitido está no fato de que o resultado tem que ser proveniente da situação de risco criada ou incrementada pelo autor, caso contrário, haverá de se considerar como inexistente a imputação objetiva, mesmo que evidenciado o nexo causal.

Esta conotação tem aplicação nos chamados crimes de resultado, mais precisamente para as hipóteses de cursos causais atípicos ou provenientes do acaso. Roxin esclarece que se enquadram nesta referência os crimes dolosos tentados, que, mesmo ante a incidência de um curso causal imprevisível, acaba por ensejar o resultado pretendido pelo agente (ROXIN, 2002).

Como exemplo cite-se que A atire em B, com intuito de matar, sendo que B vem a ser internado em um hospital, vindo a óbito por conta de um incêndio ocorrido na clínica.

Tradicionalmente, este caso se resolve pelo que se convencionou chamar de causa superveniente relativamente independente, assim entendida como aquela que se põe posteriormente à conduta do agente, mas permanecendo um vínculo de ligação. É o que dispõe o art. 13, § 1.º, do Código Penal, estabelecendo que deverá excluir a imputação quando a causa “por si só” produzir o resultado. Assim, somente os resultados que estiverem na linha de desdobramento físico poderão ser imputados ao agente (GRECO, 2003).

Rogério Greco (2003, p. 248) sintetiza este pensamento afirmando que

A expressão *por si só* tem a finalidade, assim, de excluir a linha de desdobramento físico, fazendo que o agente somente responda pelos atos já praticados. Se o resultado estiver na linha de desdobramento natural da conduta inicial do agente, este deverá por ele responder; se o resultado fugir ao desdobramento natural da ação, ou seja, se a causa superveniente relativamente independente vier, por si só, a produzi-lo, não poderá o resultado ser atribuído ao agente, que responderá tão-somente pelo seu dolo.

Observe-se que ainda assim há um dado normativo. Qual resultado “por si só” estará na linha de desdobramento natural da conduta inicial a ponto de fazer o agente responder pelo delito tentado ou consumado? Sim, porque, se o resultado estiver na linha de desdobramento natural, como por exemplo, viesse o ofendido

contrair uma infecção hospitalar, responderia o agente pelo resultado morte, que, como dito por Rogério Greco responderá pelo que teve intenção de causar, portanto, pelo dolo.

Talvez por isso, Roxin afaste tanto a concepção causal quanto o aspecto subjetivo<sup>1</sup>, entendendo ser melhor tratar o tema na moderna teoria da imputação objetiva. Neste sentido, confira-se comentários de Roxin (2002, p. 328):

No exemplo acima dado, o autor criou um perigo para a vida da vítima e também lhe causou a morte. Este resultado, contudo, não pode ser imputado a ele, porque não representa uma realização do perigo criado, eis que o autor cometeu unicamente uma tentativa, mas não uma ação de homicídio consumado. Ao contrário do que pensava a doutrina tradicional, isto não é um problema de dolo (cf. nm. 40), mas uma questão de tipo objetivo. Verifica-se a realização do risco através de um segundo juízo de perigo, a ser formulado depois da prática da ação, com base no curso causal efetivamente ocorrido. No caso do exemplo, deve-se perguntar se o tiro disparado pelo autor aumentou de modo juridicamente mensurável o risco de uma morte através de incêndio. É de se utilizar a mesma medida do primeiro juízo de perigo. E, uma vez que a resposta será negativa – a estada em um hospital não cria perigo juridicamente relevante de tornar-se vítima de um incêndio –, devem ser negadas a realização do risco e a imputação do resultado.

A questão principal, então, não está em saber se o resultado está ou não na linha de desdobramento natural da conduta do infrator, mas saber se o resultado decorre do risco não permitido criado pelo agente.

## 2.4 Causas excludentes da imputação objetiva

Embora não se encontre na doutrina de forma metodológica especificamente quanto às causas excludentes da imputação objetiva, há várias situações em que se pode concluir pelo afastamento da teoria em questão, cabendo ressaltar que se fará uma breve abordagem pelas mais significativas, reservando uma reflexão maior para o estudo para a autocolocação da vítima em perigo, tema central da presente monografia.

---

<sup>1</sup> Ao que se extrai, para o Direito Alemão, este caso é tratado tradicionalmente por ausência de dolo, diferentemente do sistema brasileiro.



#### 2.4.1 Realização de risco juridicamente irrelevante

Observa-se que pelos critérios incorporados ao conceito de tipo material decorrente da imputação objetiva não basta a mera constatação do aspecto causal ou mesmo subjetivo (finalidade, dolo). Apenas se concretiza um fato típico quando se puder aferir os elementos normativos necessários à sua compreensão.

Pelo Princípio da Intervenção Mínima, o Direito Penal somente deve interferir quando estritamente necessário, diante do caráter subsidiário e fragmentário, o qual prevê que o Direito Penal deve ser chamado a incidir pelo critério da **ultima ratio**, quando os níveis sociais e jurídicos não forem capazes de reprimir os comportamentos desviados que, diante do caso concreto, houver relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela norma.

Neste contexto, não se pode deixar de mencionar o Princípio da Insignificância, desenvolvido por Roxin, incorporado há muito pela jurisprudência pátria, em que se afasta a tipicidade para os fatos considerados de pequena importância.

Não se deve, contudo, atrelar a idéia de pequeno valor do bem jurídico tutelado ao Princípio da Insignificância. Neste sentido observa-se o HC 84.412/SP, relator o Ministro Celso de Mello, DJ 19/11/2004, julgado pela Segunda Turma integrante do excelso Supremo Tribunal Federal:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOUTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO.

- O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL.

- O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina.



Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR".

- O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

Luís Greco (2007, p. 31) em abordagem mais abrangente, desassociada portanto do Princípio da Insignificância, ressalta que condutas “perigosas são apenas as ações que gerem uma possibilidade de dano não tão remota, que pareça desprezível para um homem prudente”, citando como exemplo em que A, com desejo de matar um criança B, convence o infante a viajar de avião. Em regra, o risco de acidentes aéreos é um tanto quanto remota, mas se o destino for o Iraque, em que a segurança de estrangeiros é extremamente precária, o caso ganha outros contornos, de forma que “mandar uma criança a um local a tal ponto inseguro gera um risco de que um de seus bens jurídicos seja lesionado”.

#### 2.4.2 Diminuição do risco

Também não haverá imputação para a hipótese em que o autor altere o curso causal de forma que diminua a incidência do risco, ou seja, do ponto de vista da vítima, apesar de haver ofensa ao bem jurídico, tal ofensa acaba por significar um prejuízo menor do que o que poderia ter ocorrido, justamente por uma mudança no curso causal por interferência do agente.

Justifica Antônio Luis Chaves Camargo que as ações (2002, p. 145) “que tenham em vista a diminuição de riscos ou de perigo não podem ser proibidas, ainda porque são contrárias à criação ou incremento do risco, fundamento de análise da imputação objetiva”.

Exemplificando, se A arremessa uma pedra visando atingir B, e C, percebendo a situação, desvia o objeto, o qual apenas lesiona B em parte menos perigosa de seu corpo. Apesar de recair sobre C uma ação do ponto de vista da causalidade, este não cometerá lesões corporais (ROXIN, 2002).

Roxin destaca que a doutrina tradicional resolve esta questão sobre o prisma do estado de necessidade, porém seria como considerar haver uma lesão ao bem jurídico, o que inexistente neste caso, além de tratá-lo como fato típico, para só então excluir o crime, ante a excludente de antijuridicidade. Para a imputação, repita-se, a conduta sequer seria típica.

#### *2.4.3 Realização de risco juridicamente permitido*

O marco histórico proporcionado pela Revolução Industrial, ocorrido no século XVIII, rompeu com a forma tradicional e artesanal de trabalho, eis que o método produtivo passou a ser mecanizado pelo novo conceito de “fábricas” que se instalaram à época, inserindo o trabalhador em um novo formato de relação laboral, além de se perceber a forte opção feita ao sistema capitalista.

Nas palavras de Adhemar Marques (2006, p. 288),

O sistema de fábrica, portanto, maximizou os lucros do capitalista. Isso foi possível devido aos seguintes fatores: rigorosa hierarquia de funções; vigilância constante e penalidades aplicadas àqueles que desrespeitavam as regras; longas jornadas de trabalho definidas e controladas pelo empresário; intensa divisão do trabalho; redução dos mercados. É interessante observar que, antes da Revolução Industrial, os limites de mercado definiam o tamanho da produção; a partir da industrialização e consequente consolidação do capitalismo, o tamanho da produção ampliou definitivamente os mercados.

Como se poderia esperar, uma mudança dessa magnitude certamente estaria atrelada a fatores positivos, como o desenvolvimento das cidades, como

também a fatores negativos, como as precárias condições de trabalho, observadas no início deste processo.

Porém, Ulrich Beck (2010) destaca que a modernização da sociedade industrial fez surgir uma produção da riqueza acompanhada da produção social de *riscos*, isto é, quando se busca distribuir riqueza, inerentemente, na mesma proporção, se contribui para a distribuição de riscos, embora o mencionado sociólogo reconheça que a assunção dos riscos não se configura uma produção da sociedade moderna. O que ocorre, na verdade, é que os riscos, de uma dimensão pessoal, passaram a configurar uma ameaça global, como se pode citar a produção de lixo nuclear. A diferença, portanto, está no grau de periculosidade a que a sociedade moderna tem que suportar com o advento da produção em larga escala.

Outro importante ponto a ser destacado no pensamento de Beck está no fato que, apesar do indivíduo rico poder atenuar alguns dos efeitos danosos inseridos pela busca da produção da riqueza, também há que se considerar o chamado “efeito bumerangue”, que destrói o esquema de classes. Registre-se que tais artifícios tendem a diminuir a amplitude ocasionada pelo risco, como a ingestão rotativa e selecionada de determinados alimentos, que pode ser feita por alguém que tenha condições financeiras para tanto. Todavia, não há como se evitar a intoxicação por outros componentes, como a água, eis que o abastecimento se dá de forma igual a todas as camadas sociais.

De extremamente interessante a se destacar do pensamento do mencionado sociólogo alemão, está no fato de que não seria possível prognosticar o total alcance do risco criado por uma determinada atividade. Confira-se Beck (2010, p. 40):

Em oposição à evidência tangível das riquezas, os riscos acabam implicando algo irreal. Num sentido decisivo, eles são simultaneamente reais e irrealis. De um lado, muitas ameaças e destruições já são reais: rios poluídos ou mortos; destruição florestal, novas doenças etc. De outro lado, a verdadeira força social do argumento do risco reside nas ameaças projetadas no futuro. São, nesse caso, riscos que, quando quer que surjam, representam destruições de tal proporção que qualquer ação em resposta a elas se torna impossível, e que já como suposição, como ameaça futura, como prognósticos sincreticamente preventivo, possuem e desenvolvem relevância ativa. O núcleo da consciência do risco não está no presente, e sim no futuro. Na sociedade de risco, o passado deixa de ter força determinante em relação ao presente. Em seu lugar, entra o futuro, algo todavia inexistente, construído e fictício como “causa” da vivência da atuação presente.

De fato, cada atividade ou produto colocado no mercado possui, desde logo, um risco que já pode ser auferido, havendo outros tantos que poderão se manifestar com o tempo, e o Direito não pode estar alheio a estas percepções.

De tudo isso, pode-se dizer que viver hoje significa correr riscos. Em nossa sociedade, altamente complexa, as atividades cotidianas, na grande maioria das vezes, exigem que o cidadão corra riscos. O trânsito é um bom exemplo disso. Os automóveis, em determinadas vias, estão autorizados a percorrerem a uma velocidade de 80 km por hora, e não se está falando em rodovias, mas no próprio trânsito urbano. É evidente que a opção por este meio de transporte, nestas condições, gera um risco, e até mesmo acentuado para o pedestre, todavia, trata-se de um risco socialmente admitido.

Ora, o risco socialmente aceito não pode, ao mesmo tempo, configurar conduta criminalmente típica. Neste passo, tudo o que pode ser tolerado em termos de risco não pode, ao mesmo tempo, receber significado para o Direito Penal, ao menos do ponto de vista da incriminação do autor.

Importante destacar as observações feitas por Luis Regis Prado (2006, p. 194) acerca de a imputação objetiva com outro instituto muito mais conhecido para os penalistas, qual seja a teoria da adequação social, primeiro quanto às suas semelhanças, para depois, realizar considerações sobre seus aspectos específicos:

O traço comum entre a adequação social e o risco permitido radica na ausência de um resultado penalmente típico, que, no caso da adequação social, é excluído por uma interpretação teleológica restritiva e, no caso do risco permitido, pelo fato de não ser possível desvalorar penalmente um resultado que não foi produzido com dolo ou culpa.

Na atualidade, porém, o risco permitido tem ocupado posição de destaque com as modernas teorias da imputação objetiva, enquanto a adequação social continua sendo vista como um simples parâmetro de interpretação, ou como causa de atipicidade de algumas condutas, mas sempre tratada 'independentemente do risco permitido como elemento ou critério da moderna teoria da imputação objetiva'.

Em suma, conforme pensamento de Günther Jakobs, as condutas criadoras de um risco justificado não devem ser estudadas como causas excludentes de ilicitude, mas como comportamentos que não realizam qualquer fato típico (JAKOBS, 2000).

#### 2.4.4 *Princípio da confiança*

Embora não seja o propósito desta monografia fazer uma abordagem da imputação objetiva pelos critérios de Jakobs, convém que se faça um comentário sobre o princípio da confiança, o qual é desenvolvido pelo citado autor.

Pela teoria dos papéis de Günther Jakobs cada cidadão possui um papel a ser desempenhado em cada relação social a qual pertença. E é exatamente em decorrência do princípio da confiança que se espera que o indivíduo se comporte dentro do esperado, isto é, dentro do padrão exigido pelas normas para aquela atividade específica (caso haja norma, é claro, eis que as normas costumeiras ou culturais também têm sua representatividade), pena de se tornar a vida em sociedade algo inviável.

De tudo se extrai que, uma vez padronizando-se o indivíduo dentro da conduta esperada, ou mesmo por conta do que seja socialmente aceito, até mesmo por existência de uma norma de comportamento, não haverá responsabilidade penal a ser investigada.

Paulo César Busato (2008, p. 111) comenta que

A idéia do princípio da confiança é de que aqueles que atuam conforme as regras sociais que norteiam determinadas condutas podem esperar dos demais comportamento idêntico, ou seja, conforme as regras. Assim, aquele que atua na expectativa que os demais cumpram tanto quanto ele, com as regras normais de conduta, não pode ser responsabilizado caso sua atuação de risco gere o resultado. Isso porque, o atuar arriscado, dentro das regras sociais aplicáveis, confiando em idêntica atitude alheia, não pode significar ultrapassagem do limite de risco permitido já que o risco, na verdade, é uma criação alheia.

Exemplificando, se um médico realiza uma cirurgia dentro dos padrões em que a medicina espera de um especialista na área e, mesmo assim, o paciente vem a óbito por conta de uma infecção ocasionada pelo bisturi, tal responsabilidade não pode ser debitada ao médico, mas ao enfermeiro responsável pela instrumentalização negligente, ao até mesmo ao acaso, se sua conduta também se encontrar dentro das normas exigidas para o seu papel.

### 3 A VÍTIMA PARA O DIREITO PENAL

#### 3.1 Noções Gerais

Dentre os objetos de estudo da moderna Criminologia compreende-se o estudo do delito, pelo prisma da problemática social, sua preocupação com a figura do infrator, bem como uma abordagem realista da vítima do delito, a que se coube denominar de Vitimologia (GOMES, 2008).

Délio Lins e Silva Júnior (2008) faz menção de que há autores, como Lélío Calhau por exemplo, que sustentam que a vitimologia teria surgido após a Segunda Grande Guerra Mundial, no qual foram dizimados cerca de 6 milhões de judeus e que a sistemática inicial teria se iniciado por Binyamin Mendelsohn, em 1947, na Universidade de Bucareste, em Conferência intitulada *Um Horizonte Novo na Ciência Biopsicossocial: A Vitimologia* (OLIVEIRA, 2003).

Seja como for, inicialmente, a vítima não possuía uma importância para a Ciência Penal. Isso decorreu do próprio sistema legal imposto, o qual retirava do sujeito passivo e até mesmo de seus parentes a possibilidade de resposta criminal ao delinquente, evitando-se a chamada vingança privada, cabendo ao Estado, como um interlocutor neutro diante da ofensa penal, processar, julgar e aplicar corretamente a sanção penal.

Para a moderna Vitimologia, entretanto, não mais se aceita a ideia de abandono da vítima diante do delito, embora se reconheça o avanço histórico que significou a concentração do julgamento nas mãos do Estado. Destacam Antonio García-Pablos de Molina e Luíz Flávio Gomes (2008, p. 75) que “o movimento vitimológico persegue uma redefinição global do status da vítima e de suas relações com o delinquente, com o sistema legal, a sociedade, os poderes públicos, a ação política (econômica, social, assistencial etc.)”.

De fato, a exemplificar esta tendência, vê-se a adoção do modelo consensual previsto na Lei nº 9.099/95 em que a composição civil dos danos proporciona à vítima um possível ressarcimento, ou, ao menos, um título executivo a ser proposto no juízo cível, e, ao autor do fato, a renúncia do direito de queixa ou representação, caso se trate de ação penal privada ou condicionada à

representação, conforme estabelece o art. 74, parágrafo único, do mencionado diploma legal<sup>2</sup>.

O presente trabalho, todavia, tem por objetivo fazer uma abordagem da vítima não pelo prisma da vitimologia, mas da vitimodogmática, razão porque se faz necessário tecer algumas considerações sobre suas diferenças.

### 3.2 Vitimologia e Vitimodogmática

Observa-se na doutrina uma certa divergência em se saber se a Vitimologia seria ou não um ramo da Criminologia. Na primeira linha de pensamento encontra-se Délio Lins e Silva Júnior (2008), Henry Ellenberger, Raul Goldstein (MOREIRA FILHO, 2004), enquanto que Edmundo Oliveira se posiciona em sentido contrário.

Como conceito, cabe à Vitimologia estudar a vítima na perspectiva social, psicológica, processual penal, político-criminal. Guaracy Moreira Filho (2004) acredita que a Vitimologia tem por escopo cientificar a vítima no sentido de que sejam advertidas, orientadas, protegidas e reparadas contra o crime.

A Vitimodogmática, por sua vez, tem por propósito o estudo do comportamento da vítima como contribuição para a ocorrência do crime. Ana Sofia Schimidt de Oliveira (1999, p. 133) expõe que

A abordagem mais freqüente da vitimodogmática não inclui questões relacionadas à consequência do delito, como as medidas reparatórias. Conforme as abalizadas posições de Manoel Cancio Meliá e Jesús Silva Sánchez (e, de acordo com este, também na Alemanha), o ponto central da discussão vitimodogmática é o estudo do comportamento da vítima no âmbito da dogmática penal e, em especial, seus reflexos na responsabilidade do autor.

---

<sup>2</sup> Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.



Ressalte-se que a citação destas proposições visa apenas tecer conceituações básicas que contribuirão para a visualização da tese a ser defendida na presente monografia, sendo certo que tais temas podem e devem ser aprofundados pelo leitor em literatura específica.

### 3.3 A vítima diante do Sistema Penal

No Sistema Processual Penal, a vítima, também chamada de ofendido ou lesado, possui várias participações previstas no Código de Processo Penal, como exemplo, no Inquérito Policial, que pode iniciar-se com requerimento do ofendido (art. 5º, II), possibilidade de oitiva (art. 6º, IV), requisição de diligências (art. 14); também possui legitimidade para a propositura da ação penal privada (**jus persecuendi in judicio**) (art. 30); legitimidade quanto à propositura da chamada ação civil ex **delicto** (art. 63); requerimento de medidas cautelares como sequestro (art. 127), hipoteca legal (134); legitimidade para interpor recurso figurando como assistente de acusação nos casos de absolvição, impronúncia e extinção da punibilidade (arts. 584, § 1.º, e 598), conforme dispõe o enunciado nº 210 da Súmula do excelso Supremo Tribunal Federal.

No âmbito jurisprudencial, há firme entendimento de que a palavra da vítima, nos delitos sexuais cometidos às ocultas, possui acentuada importância. Neste sentido:

PENAL. **HABEAS CORPUS**. ART. 214 C/C ART. 224, ALÍNEA A, E ART. 226, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

I - A palavra da vítima, em sede de crime de estupro ou atentado violento ao pudor, em regra, é elemento de convicção de alta importância, levando-se em conta que estes crimes, geralmente, não há testemunhas ou deixam vestígios (Precedentes).

II - No caso em tela, infirmar a condenação do ora paciente, ao argumento da insuficiência das provas coligidas, demandaria, necessariamente, o amplo revolvimento da matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de **habeas corpus** (Precedentes).

Ordem denegada.

(HC 135972/SP, 5 Turma, relator o Ministro Felix Fischer, DJe de 07/12/2009)



Para o Código Penal também há várias passagens em referência à vítima com aspectos relevantes. Isto se verifica tanto na Parte Geral, como se vê no art. 59, **caput**, quando da fixação da pena-base; também como circunstância atenuante, prevista no art. 65, III, “c”, quando se verifica o cometimento da infração penal sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; como fator de reabilitação, após ressarcimento do dano causado (art. 94); e mesmo na Parte Especial, como no caso de homicídio privilegiado, em que o agente comete o delito sob o domínio de violenta emoção, logo após a injusta provocação da vítima (art. 121, § 1.º); em caso de majoração da pena de roubo, quando a vítima está em serviço de transporte de valores (art. 157, § 2.º, III); como critério de fixação de presunção de violência para quem mantém conjunção carnal ou pratica qualquer ato libidinoso em que a vítima for menor de 14 anos (art. 217-A), dentre várias outras situações que poderiam ser aqui mencionadas.

Note-se que estes são apenas exemplos da participação da vítima com consequências diretas para o ordenamento jurídico, decorrentes tanto de previsões legais ou mesmo representativos de entendimento jurisprudencial. Não obstante, o que se sustentará adiante está além de tais perspectivas, isto é, um estudo quanto à conduta da vítima a ensejar uma exclusão de tipicidade, portanto, uma absolvição do acusado.

## 4 O COMPORTAMENTO DA VÍTIMA COMO FORMA DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE DO AGENTE

### 4.1 Noções Gerais

Inicialmente, deve-se observar, que o que pode ser novidade para o direito brasileiro como a ideia de um comportamento do ofendido a influenciar uma repercussão quanto à atipicidade da conduta do agente, não o é para o direito alemão.

Alessandra Orcesi Pedro Greco (2004, p. 41) sintetiza pensamento de Jesús-Maria Silva Sánchez, afirmando que o mencionado jurista

Identifica duas posições básicas na doutrina alemã, na qual o tema é objeto de debate intenso, esclarecendo que a doutrina e a jurisprudência alemãs sempre levaram em conta a atuação da vítima, especialmente nos delitos culposos (em que a imprudência da vítima – omissão de medidas de autoproteção, como a utilização de cinto de segurança – gera o conceito de co-responsabilidade), e acrescenta que na década de oitenta a discussão foi ampliada e atingiu o campo dos delitos dolosos, dando lugar a duas posições antagônicas na doutrina:

- a) Há uma corrente mais moderada, defendida por Günther Jakobs e Winfried Hassemer, que entende que o comportamento da vítima deve ser considerado no âmbito da fixação da pena, mas tal consideração não pode extrapolar os limites da tipicidade a não ser por expressa previsão legal;
- b) Há, de outro lado, uma corrente mais radical, defendida por Bernd, sustentando que um enfoque vitimológico dos princípios gerais que regulam o **jus puniendi** do Estado pode conduzir, em certos casos, a uma total isenção de responsabilidade do autor. Este é o princípio da auto-responsabilidade da vítima que nesta concepção conduz ao princípio da subsidiariedade do direito penal e da sua utilização como **ultima ratio**. A vítima tem um dever de proteger a si própria com atitudes defensivas exigíveis, usuais e possíveis. Se ela, devendo se proteger, não o faz, a ocorrência do crime é a ela atribuída, e o autor fica isento de pena.

Note-se, ademais, que no âmbito civil também se concebe a ideia de um comportamento cabível de influenciar diretamente numa relação jurídica, ainda que haja um contrato dispendo diversamente, assim entendida na aplicação dos postulados do **venire contra factum proprium**, em que um comportamento contraditório e incoerente daquilo que se espera dos contratantes viole expectativas em outrem, a ponto de causar-lhe prejuízos.

Quanto ao tema, confirmam-se as anotações de Anderson Schreiber (2005, p. 148), inclusive no tocante ao exemplo colocado pelo citado autor

Como fundamento do *venire contra factum proprium* é a confiança na coerência daquele que pratica o *factum proprium*, não se pode ignorar que tal confiança pode ser despertada não apenas naquele frente a quem o ato é diretamente praticado, senão em qualquer um sobre quem o ato venha a, de alguma forma, repercutir. Imagine-se, por exemplo, que certo fabricante de automóveis tenha por prática reiterada substituir os veículos que apresentem defeitos nos dois primeiros anos de fabricação. Confiando nisto, um comprador adquire o seu automóvel, que vem, de fato, a apresentar defeito grave dentro do prazo bienal. Procurado, o fabricante informa, todavia, que, por força do contrato, sua obrigação é limitada ao primeiro ano, não obstante sua prática no mercado fuja, vez por outra, ao contratado. Há aí, consideradas apenas estas circunstâncias, claro rompimento de uma expectativa legítima do comprador na conservação de um comportamento coerente por parte do fabricante. Sua conduta inicial, todavia, não foi praticada frente ao comprador, mas frente a outros compradores. O sujeito passivo dos comportamentos não é o mesmo. Entretanto, é inegável que, chegando ao seu conhecimento aquela prática reiterada de substituição do automóvel, logrou incutir-lhe uma confiança legítima na conservação da coerência.

Ainda como decorrência do princípio da boa-fé objetiva, recentemente a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, aplicou tese desenvolvida no direito norte-americano conhecida como *duty of mitigate* (dever de mitigar), que estabelece ser dever do credor, sempre que possível, minimizar o dano sofrido, diminuindo a extensão do prejuízo a ser suportado pelo devedor, pena de tal resultado não poder ser responsabilizado pelo causador do dano. Confira-se o referido julgado, assim ementado:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. *DUTY TO MITIGATE THE LOSS*. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade.
2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.
3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade.
4. Lição da doutrinadora Véra Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na

posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o consequente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano.

5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento).

6. Recurso improvido.

(RESP. 758.518-PR, 3 Turma, rel. o Min. Vasco Della Giustina, Desembargador convocado do TJRS, DJe de 28/06/2010).

Assim, a confiança é um dado norteador de comportamentos em nossa sociedade, de reconhecida repercussão no ordenamento jurídico, cabendo, como já dito, especificamente no âmbito penal, à vitimodogmática determinar em qual medida incide a co-responsabilidade da vítima sobre a valoração jurídico-penal do comportamento do autor (MELIÁ, 2001).

## 4.2 A conduta da vítima frente à Teoria do Delito

Se é possível se compreender que a conduta da vítima possui alguma relevância a tal ponto que possa suportar eventuais lesões para com seus próprios bens jurídicos, sem que haja a responsabilização criminal do agente, como assim se pode extrair das premissas da vitimodogmática, devemos perguntar: a) em que parte do Direito Penal se pode aceitar tal compreensão?; b) em que circunstâncias e quais são os limites deste comportamento a ensejar a atipicidade da conduta do infrator?

Do ponto de vista aqui sustentado, o tema se insere nas premissas da imputação objetiva, devendo-se iniciar sua reflexão pelo alcance do tipo.

### 4.2.1 *Alcance do tipo*

O Direito Penal vige para proteger, ainda que subsidiariamente, os bens jurídicos mais importantes para a sociedade, possuindo função preventivo-geral (GRECO, 2002), não recaindo, pois, sua proteção quando o próprio indivíduo, pelos seus meios, tiver condições de preservar seus bens jurídicos (GRECO, 2004).

Desta premissa decorre que o tipo possui um alcance a ser respeitado. Nas palavras de Luis Greco (2002, p. 135), “o ilícito penal é um ilícito especialmente qualificado: é um ilícito que justifica a imposição de uma pena, que corporifica um intenso juízo de reprovação social”.

Via de regra, a criação de um risco proibido trará como consequência a imputação ao tipo objetivo, esclarecendo Roxin (2002, p. 352) que poderá o tipo objetivo não incidir “quando, no caso concreto, o alcance do tipo, o fim de proteção da norma inscrita no tipo (ou seja, da proibição de matar, ferir, danificar etc) não compreender resultados da espécie do ocorrido”, finalizando sua explicação ao dizer que haverá a situação excepcional quando no âmbito de incidência do tipo não estiver compreendido o impedimento de acontecimentos fora do seu alcance.

Destaca Paulo César Busato (2008, p. 100) que “quando o risco criado e realizado no resultado não se encontra compreendido no espectro de proteção da norma, não pode gerar a imputação pelo tipo descrito nesta mesma norma”.

Desta forma, é possível se entender que o Direito Penal não se predispõe a proteger bens jurídicos decorrentes de situações em que o próprio comportamento da vítima é posto de tal forma, que claramente foge àquilo que o tipo de antemão se dispôs a preservar.

#### 4.2.2 A vítima e a imputação objetiva

Dentre os postulados da imputação objetiva, a vítima se insere em um contexto importantíssimo. Como dito no item 2.4, a autocolocação da vítima em perigo dá ensejo a uma causa excludente de tipicidade ante a ausência de imputação objetiva, isto é, não se poderá atribuir uma conduta típica ao agente, se a própria vítima se colocar em situação de perigo frente ao bem jurídico.

Note-se que aqui não se está a tratar do consentimento explícito da vítima, que obviamente poderá excluir o fato típico, desde que presentes os requisitos para esta compreensão, como já é consenso nos delitos sexuais, bem como, nos termos do art. 150 do Código Penal, caso a entrada no domicílio do agente seja consentida. Logicamente, nestas condições, o fato é claramente atípico. O que se está a tratar aqui é de algo mais sutil, isto é, de um comportamento escolhido de forma consciente, livre e responsável, de tamanha monta que o delito

não se perfaz, justamente por conta da autocolocação em perigo, embora possa se compreender que em ambos os casos, haverá exclusão da tipicidade. Contudo, no primeiro caso, o tipo não se perfaz por incidência do princípio da legalidade, eis que, com o consentimento da vítima, a norma proibitiva se afasta, enquanto que, no segundo caso, a norma incide formalmente, mas é afastada ante uma conduta que repercute penalmente na ausência de imputação objetiva.

Tal concepção de exclusão da tipicidade encontra guarida na doutrina, conforme se pode observar nos ensinamentos de Luis Greco (2002, p. 126),

A imputação pode excluir-se num quarto grupo de casos: aquele em que o risco não se encontra no âmbito de competência do autor, e sim da vítima (*competência da vítima*), que abrange desde as hipóteses de consentimento excludente de tipicidade até os casos de ações a próprio risco da vítima.

Como situação prática do que se está a sustentar, confira-se exemplo citado por Roxin em que determinado médico, ao chegar de uma viagem, percebe-se adoentado por varíola. Mesmo assim, decide retornar ao trabalho. Um certo paciente, consciente de todas as circunstâncias que envolvem o caso, decide marcar consulta, deixando-se examinar pelo mencionado especialista, o que o leva a contrair a doença. Note-se que, nesse caso, há uma consciência plena e voluntária acerca do risco de se vir a ser contaminado pela enfermidade, cujas consequências não podem ser imputadas ao médico (ROXIN, 2002).

Compreensão diversa se daria para o caso de eventual paciente contrair a enfermidade, sem saber da debilidade crítica daquele que o examinava, o qual certamente irá responder pelo ilícito penal que praticou.

Este fato serve para se demonstrar claramente que não se trata aqui de um problema de consentimento, mas de uma conduta consciente da exposição e do risco quanto à doença a ser contraída. O agente se coloca em situação de exposição, por meio de seu próprio comportamento, a um perigo que já está em sua esfera de conhecimento. Neste caso, tal consequência não se compreende no fim de proteção da norma (ROXIN, 2002).

Também se pode citar outro exemplo trazido por Roxin, em que o traficante entrega heroína ao comprador da droga, que injeta a substância tóxica em quantidade tal que lhe ocasiona a sua morte por overdose.

Neste caso, não há a responsabilização do traficante pelo resultado morte, exatamente porque a autocolocação em perigo por parte do usuário não pode incidir em responsabilidade de quem vende a droga. A venda do entorpecente, este sim, gera um ilícito penal que no direito brasileiro se encontra previsto no art. 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, do qual o traficante será responsabilizado.

#### *4.2.3 A autocolocação da vítima em perigo e seus parâmetros de atipicidade.*

Aqui se chega certamente ao grande ponto de discussão que se pretende enfrentar nesta monografia. Se for possível se aceitar um estudo pela vitimodogmática no sentido de que a vítima pode contribuir para um juízo de ausência de imputação do infrator, e que tal perspectiva tem colocação na teoria do delito, mais especificamente nos postulados da imputação objetiva, de outro lado, também se deve, de forma responsável e transparente, estabelecer quais critérios podem ensejar tal consequência jurídico-penal.

Evidentemente que não é qualquer comportamento, muito menos frente a qualquer bem jurídico que se pode admitir uma atipicidade da conduta do agente, tendo como parâmetro as atividades ou comportamentos atribuídos à pessoa da vítima.

Como dito anteriormente, convém se repetir a indagação primordial do presente trabalho monográfico: em que circunstâncias e quais são os limites deste comportamento a ensejar a atipicidade da conduta do infrator?

Primeiramente, reconhece-se que não há um estudo doutrinário muito preciso nesta área, tendo em vista a modernidade do tema, mas há três fundamentos básicos, que em nosso sentir podem ser resumidos em apenas dois, os quais necessariamente devem estar presentes:

1 – Princípio da auto-responsabilidade da vítima;

2 – Imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima, de natureza jurídica pertencente à imputação objetiva (SILVA JÚNIOR, 2008).

Quanto à auto-responsabilização da vítima, inicialmente, tem-se, como fundamento geral, que uma vez contribuído para uma ação ilícita, recairá sobre a pessoa uma sanção, que, no âmbito civil, será a obrigatoriedade de indenizar.



Assim, via de regra, cada cidadão age de forma livre, escolhendo suas ações, usufruindo de uma autonomia que necessariamente repercutirá no ordenamento jurídico, seja por ações lícitas ou ilícitas.

Para Manuel Cancio Meliá (2001, p. 279),

El núcleo de la idea de “auto-responsabilidad” quedaria delineado, entonces, del siguiente modo: a) a todo ciudadano corresponde um ámbito de organización propia de su ámbito vital, b) en principio, también corresponde a quien es titular de tal ámbito de autoorganización la responsabilidad por los daños que puedan derivar de esa organización propia. De este modo, resulta que en el término “autoresponsabilidad” se funden ambas perspectivas: la “autonomía” y la “responsabilidad” derivada de ésta.

De fato, Meliá se reporta a um binômio autonomia (em sentido de liberdade) e responsabilidade que devem permear as ações humanas, notadamente quanto aos seus próprios bens jurídicos e é nesta perspectiva que a vítima deve se portar, de forma a cuidar de seus próprios interesses, dispendo Délio Lins e Silva Júnior (2008, p. 159) que, do contrário, “seria criada uma indesejável privação ao titular do bem de sua liberdade de organização, impondo um dever de tutela que, por não ser formulado expressamente no ordenamento jurídico, não existe”.

Cabe, por fim, quanto a este tópico, ressaltar, por óbvio, que se tal atividade de proteção aos seus próprios bens jurídicos não estiver ao seu alcance, não há que se falar em responsabilidade da vítima, eis que (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 160)

O princípio da auto-responsabilidade só acarreta consequências jurídicas quando a atividade possa ser atribuída efetiva e diretamente à vítima, sob pena de que, assim não sendo, caiba a outras instituições dogmáticas prévias a ela atuarem no sentido de atribuir a devida responsabilidade.

Quanto à questão da imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima, é certo que cada pessoa, dia após dia, pratica várias ações dentro do seu próprio contexto social, algumas delas criadoras de risco, outras não. Tais riscos, de outra parte, podem ser permitidos ou não permitidos, tudo a depender daquilo que se espera de cada cidadão, dentro do seu papel na sociedade.

Desta forma, cada atividade criadora de um risco não permitido terá suas consequências, notadamente no âmbito penal, enquanto que uma conduta criadora de um risco permitido, por outro lado, não gerará qualquer expectativa ensejadora



de uma sanção jurídica, afinal não se pode punir penalmente uma conduta considerada lícita.

Confira-se exemplo colacionado por Luis Greco (2002) em que um proprietário de uma pensão resolve, de forma arbitrária, apagar as luzes da área descoberta que dá acesso à sua pousada.

Mencione-se que um único comportamento pode proporcionar a criação de riscos, tanto permitidos, quanto não permitidos, a depender das pessoas que poderiam ser atingidas pela escuridão, diante do caso concreto. Em se tratando de um cidadão que temporariamente transite pelo lugar, o qual procura abrigo a fim de se proteger da chuva, nada de errado teria feito o dono da pensão, eis que, quanto a estes, a conduta não ensejou qualquer expectativa disciplinadora de comportamento. Situação diversa, entretanto, ocorre quando se trata dos próprios hóspedes. Ora, é de se esperar convictamente que haja por parte da administração da hospedagem um dever de cuidado para aqueles que ali aportem, respondendo o agente por eventuais lesões suportadas pelos hóspedes.

Deste exemplo, pode-se extrair uma regra, qual seja o isolamento do risco. Nas palavras de Luis Greco (2002, p. 129), em comentário ao citado caso,

Agindo desta maneira, cria ele (o proprietário) riscos não permitidos somente em face de seus hóspedes, não de transeuntes que ali entrarem para se protegerem da chuva. Digamos, agora, que algum desses transeuntes se acidente em virtude da escuridão. Tal resultado deve ser imputado ao dono da pensão? Primeiramente, é preciso isolar o risco não permitido: este risco é o de que a escuridão ocasione lesões em hóspedes. Depois, vemos se tal risco não permitido é necessário para explicar o resultado: e a resposta é negativa. Para explicar o resultado 'lesão de transeunte', não é preciso mencionar o risco de lesões a hóspedes. O que explica o resultado é o risco permitido – o risco criado para os transeuntes – e foi este que realizou o resultado.

De fato, isolando-se o risco, qual seja o ato de apagar as luzes da sacada da pensão, não se tem como atribuir ao agente possível lesão sofrida pelo transeunte, o qual não possuía qualquer expectativa de comportamento quanto à proteção do bem jurídico.

Com isso, vê-se que o bem jurídico lesionado tem clara decorrência do risco assumido. Só assim, àquele que gera o risco não permitido poderá ser-lhe imputada uma conduta criminosa.

Aliado a estes fundamentos, há outros de mesma envergadura a serem considerados para se poder atribuir à vítima um comportamento que gere a atipicidade da conduta, conforme estrutura Délio Lins e Silva Júnior (baseando-se, inclusive em ensinamentos de Manuel Cancio Meliá):

- 1 – Organização conjunta entre autor e vítima;
- 2 – Controle efetivo da situação pela vítima;
- 3 – Inexistência de dever jurídico de proteção entre autor e vítima.

Organização conjunta entre autor e vítima quer significar que necessariamente deve existir uma relação entre ambos, no sentido de que a vítima possua um papel fundamental no comportamento do agente, isto é, “o importante é averiguar se a interação entre autor e vítima possui o condão de conduzir a um atuar imputável da vítima, e, conseqüentemente, atípico do autor”, (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 162). Aqui, a vítima atua em conjunto com o agente, criando uma expectativa de comportamento, e ainda se desfaz de qualquer proteção quanto aos seus próprios bens jurídicos, do qual se espera sempre um agir, ou mesmo um dever de amparo. É o caso já mencionado do médico portador de doença que realiza consulta em paciente, quanto à organização conjunta de que ambos praticam.

Cite-se, ainda, o caso em que uma pessoa, mesmo sabendo que seu colega está notadamente embriagado, pede-lhe que seja oportunizada carona, sendo certo que no curso da viagem o condutor ainda recebe incentivo para que dirija o mais rápido possível, a fim de que se chegue com brevidade ao destino.

Não parece aceitável que o motorista venha a ser responsabilizado por alguma lesão ao passageiro, o qual assumiu o risco de trafegar em automóvel conduzido por alguém embriagado, e ainda o incentivou a correr. Tal comportamento está no âmbito de responsabilidade da própria vítima.

Sintetizando, é como se houvesse uma divisão de tarefas, primeiro por parte da vítima, cujo comportamento, há de contribuir para um outro do agente, o qual não poderá possuir repercussão jurídico-penal, isso pelos postulados da imputação objetiva.

Por este prisma, caso o agente atue sozinho, sem qualquer contribuição da vítima, deverá ele responder, não sendo caso de se perquirir por qualquer responsabilidade ao sujeito passivo do crime.

De outro lado, a própria vítima deve possuir um controle pleno, real e verdadeiro da situação. É óbvio que não se poderia admitir uma exclusão da responsabilidade jurídico-penal do infrator, se o sujeito que tem seus bens jurídicos atingidos não possuir compreensão plena do que está fazendo, nem mesmo do contexto a que a situação se impõe.

Assim, em face de algum inimputável não se poderá admitir qualquer responsabilidade a ponto de classificar seu comportamento como forma de exclusão da tipicidade do agente. No mesmo raciocínio deve-se também incluir o sujeito passivo do crime de estelionato, que, no mais das vezes, age em erro por conta de ter sido ludibriado pelo estelionatário.

Quanto ao último tópico, caso haja um dever jurídico de proteção, posta pelo autor para com a vítima, sua responsabilidade também será afastada. Isso porque há uma norma impondo determinado comportamento à pessoa do qual não se pode aceitar possível mitigação por ato da vítima.

Pode-se facilmente perceber esta normatização quando se fala da figura dos garantidores ou dos garantes em direito penal, nos chamados crimes omissivos impróprios, em que há um dever específico de proteção, previsto no art. 13, § 2º, do Código Penal, quando o sujeito devia e podia agir para evitar o resultado lesivo. A proteção ou mesmo obrigação de cuidado de que ora se trata pode decorrer de uma imposição legal, penal ou extrapenal, de direito público ou privado, por uma assunção da responsabilidade perante terceiro, ou mesmo de um comportamento anterior a ensejar claramente a ocorrência de criação de um risco para com o terceiro.

Em comentário à posição de garantia por funções de proteção, Manuel Cancio Meliá (2001, p. 315) enfatiza que

Como es conocido por la teoría de la comisión por omisión, existen también situaciones en las que el ordenamiento establece una obligación de solidaridad entre distintos sujetos – que en el ámbito de la comisión por omisión, precisamente, constituye la base de una responsabilidad equiparada a la comisión activa por la no evitación de un resultado lesivo –. Que relevancia debe corresponder a estas posiciones de garantía en

relación con la imputación a la víctima? Téngase en cuenta que de lo que se trata ahora es de aquellas relaciones de garantía que existen entre personas responsables. En principio, parece que la concurrencia de una posición de garantía no puede constituir una razón para derogar las reglas generales de imputación. Pues este tipo de posiciones de garantía, como señala, por ejemplo, ROXIN, están dirigidas a la protección frente a heterolesiones, y no pretenden proteger a un sujeto autoresponsable frente a su propia conducta arriesgada.

Embora respeitável seja a posição de Meliá, no sentido de que cabe ao autor do fato a função de proteger a vítima e, que, portanto, a regra do garantidor seria destinada a proteger heterolesões e não aquelas lesões praticadas pelo próprio sujeito passivo, há que se fazer alguma ponderação. Isso porque a figura do garante não pode evidentemente suportar todos os riscos decorrentes das próprias escolhas feitas pelos sujeitos. Contudo, a norma impõe ao garantidor determinadas posturas, as quais independem da conduta da vítima, isso, dentro, é claro, da proporcionalidade em que a situação de perigo se impõe.

Suponha que um professor de natação mantenha em sua turma um aluno com uma semana de aprendizagem no esporte. Em determinado momento, sabendo o instrutor que ele precisa de acompanhamento, eis que ainda não sabe nadar, toma ele conhecimento do próprio aprendiz, durante a aula, que vai se jogar na piscina. É dever do professor se esforçar e impedir tal ato, na medida em que não tiver ele o controle da situação, justamente porque tem a consciência dos riscos que o aluno desavisado estaria a correr.

Esta é uma situação em que há uma autocolocação da vítima em perigo que estaria abrangida pela figura do garante prevista § 2º do art. 13 do Estatuto Repressivo, eis que o professor de natação não poderia ignorar o fato, deixando livre o caminho para que a vítima colocasse sob própria ameaça sua integridade física, ou mesmo, sua existência.

## 5 ESTUDO DE UM CASO CONCRETO

Pouca valia teria um pensamento teórico se tal entendimento não pudesse ser aplicado aos fatos da vida, afinal esse é o papel da ciência jurídica, se esforçar em enquadrar corretamente o comportamento humano, visando sempre o equilíbrio e a paz social.

Para efeito de estudo, destaca-se apelação criminal julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Processo: Apelação Criminal Nº 25220-2/213 (200400100163).

Relator: Desembargador Paulo Teles.

Órgão Julgador: 1ª. Câmara Criminal.

Publicação: DJ 14323 de 02/08/2004.

O Acórdão encontra-se assim ementado

EMENTA: Apelação Criminal. Atentado violento ao pudor. Sexo grupal. Absolvição. Manutenção. Ausência de dolo. 1) A prática de sexo grupal é ato que agride a moral e os costumes minimamente civilizados. 2) Se o indivíduo, de forma voluntária e espontânea, participa de orgia promovida por amigos seus, não pode ao final do contubérnio dizer-se vítima de atentado violento ao pudor. 3) Quem procura satisfazer a volúpia sua ou de outrem, aderindo ao desregramento de um bacanal, submete-se conscientemente a desempenhar o papel de sujeito ativo ou passivo, tal é a inexistência de moralidade e recato neste tipo de confraternização. 4) Diante de um ato indubitavelmente imoral, mas que não configura o crime noticiado na denúncia, não pode dizer-se vítima de atentado violento ao pudor aquele que ao final da orgia viu-se alvo passivo do ato sexual. 5) Esse tipo de conchavo concupiscente, em razão de sua previsibilidade e consentimento prévio, afasta as figuras do dolo e da coação. 6) Absolvição mantida. 7) Apelação ministerial improvida.

O Ministério Público do estado de Goiás ofereceu denúncia em desfavor do acusado pela prática do crime previsto no então artigo 214 em combinação com o artigo 224, letra “c”, ambos do Código Penal, pelo constrangimento à vítima a permitir que com ele se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, momento em que não poderia oferecer resistência em razão do seu estado de embriaguez, além de estar sob efeito de substância entorpecente.

O réu restou absolvido tanto em primeira, havendo confirmação da sentença em segunda instância, com fundamento no art. 386, inciso VI, do Código

de Processo Penal, pela aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, tendo em vista a não produção de provas suficientemente seguras a sustentar a acusação, com a conseqüente condenação.

Ocorre que, além desta justificativa, o voto condutor do acórdão também fez outra abordagem, bem mais propícia aos interesses da presente monografia. Diz o relator que<sup>3</sup>:

Ademais, a testemunha Maria das Graças, que se encontrava no local do fato, pois à época vivia com o apelado, relatou que tudo o que a vítima José dos Anjos fez ou deixou fazer foi de livre e espontânea vontade, **verbis** (fl. 60):

*“Que antes deste fato o João Estrada não teve outro relacionamento homossexual; que já tiveram relação sexual com mais duas mulheres apenas; que as carícias eram recíprocas entre acusado e vítima; que percebeu quando estava no bar que o José dos Anjos também mostrava interesse pelo João Estrada; que na construção o José dos Anjos fez menção que queria praticar relação sexual com a depoente e João Estrada. [...]*

*Que a depoente convidou a garçonete do bar para irem praticar relação sexual e então o José dos Anjos escutou o convite e se ofereceu para ir no lugar da garçonete dizendo ‘já que ela não quer ir eu vou’.*

E mais adiante também sustentou o relator:

Ademais, o grupo de amigos reuniu-se com o propósito único de satisfazer a lascívia de cada um e de todos ao mesmo tempo, num arremedo de bacanal, que o vulgo intitula de sexo grupal.

Nesse tipo de congresso a regra moral dá lugar ao desvario, e enquanto perdurar a euforia, ninguém é de ninguém.

A literatura profana que trata do assunto, dá destaque especial ao despudor e desavergonhamento, porque durante a orgia consentida e protagonizada não se faz distinção de sexo, podendo cada partícipe ser sujeito ativo ou passivo durante o desempenho sexual entre parceiros ou parceiras.

Tudo de forma consentida e efusivamente festejada.

Diante do que foi sustentado nos capítulos anteriores, data vênia, a posição adotada para solução da lide não foi a mais correta.

De plano, a ementa afastou o dolo previsto no hoje revogado art. 214 do CP, tendo em vista a existência de previsibilidade e consentimento prévio. Dolo é a vontade de praticar os elementos descritos no tipo penal. Isso não se discute, já que o acusado manteve-se empenhado na busca de sua satisfação sexual e, para tanto, usou dos meios ao seu alcance para atingir seus objetivos. Houvesse o

<sup>3</sup> Tendo em vista o disposto no art. 234-B da Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, no sentido de que os processos em que se apuram crimes contra a dignidade sexual devam correr em segredo de justiça, os nomes dos envolvidos foram substituídos por personagens fictícios.

consentimento, este afastaria a própria norma proibitiva, não sendo sequer possível se falar em ilícito penal, de forma que não se há falar em ausência do elemento subjetivo.

Entretanto, o mais importante no reconhecimento pelo próprio relator está no fato de que José dos Anjos agiu de tal forma que restou preservada sua vontade, isto é, manteve-se íntegra sua liberdade e espontaneidade de escolha, não pelo consentimento, que, ao que parece não houve, até porque se apresentou à delegacia de polícia para demonstrar sua insatisfação com o ocorrido, mas pelo seu padrão de comportamento, em momentos que precederam o fato, inclusive com troca de carícias recíprocas.

Do que se extrai deste caso, é perfeitamente possível se entender pela atipicidade da conduta por parte de João Estrada. Isso porque a liberdade sexual constitui-se em um bem jurídico, cuja proteção, em determinados momentos, está ao alcance da vítima, em seu dever de proteção. No presente caso, observa-se que não houve qualquer atitude violenta por parte do acusado. Assim, o próprio tipo penal quer preservar a intimidade sexual daqueles que se vêem ameaçados, ante uma violência ou situação de perigo, coação, da qual a vítima não concorde.

Ao se isolar o comportamento arriscado, qual seja, o de participar de atividades sexuais em grupo, esta atitude acabou por gerar um risco permitido do ponto de vista de sua liberdade sexual, proporcionando nos participantes a convicção do desejo manifestado pela própria vítima em conviver grupalmente naquela situação. A confiança existia ante as próprias declarações prévias feitas pela vítima, bem como as carícias recíprocas entre ambos, dando a entender o desejo exposto pelo comportamento para com o casal.

Também quanto aos três critérios de incidência, percebe-se uma total adequação da teoria ao caso concreto. Isso porque inevitavelmente houve certa organização conjunta entre o suposto autor do fato e vítima, bem como ao seu efetivo controle da situação, quando se observa de seu posicionamento em querer participar do congressamento carnal.

E de outra forma, não há qualquer dever jurídico de proteção, entre autor e vítima a responsabilizar o acusado pela prática do ato sexual, como classificador de uma conduta criminosa.

Com isso, vê-se que o bem jurídico reconhecido neste caso como a liberdade sexual decorre do próprio risco a que assumiu a vítima. E como se disse, a criação de riscos permitidos não pode gerar uma resposta criminal por parte do direito penal.

Vê-se, portanto, que, embora não existisse prova suficiente a sustentar a acusação, houve neste caso a adoção de uma postura por parte da vítima que, pelos postulados da imputação objetiva, está a evidenciar uma manifestação atípica por parte do acusado.



## CONCLUSÃO

Do estudo ora proposto é possível se entender que o comportamento da vítima possa se inserir em um juízo de imputação, embora se reconheça que muito há que se discutir, até mesmo acerca de uma definição melhor quanto aos parâmetros de sua incidência.

E quanto a estes limites, a responsabilidade, a liberdade de escolha, a própria organização conjunta, o controle de todo o contexto fático, bem como a inexistência do dever jurídico de proteção entre o agente e a vítima, podem ser tidos como critérios a serem observados. O importante é estabelecer as responsabilidades jurídico-penais de cada indivíduo.

Seja como for, a vítima não pode se furtar à responsabilidade que possui perante os fatos da vida. É da conduta de todos, permeada dos valores éticos e culturais, associado ao que se espera de cada cidadão, dentro do seu papel, que se pode crer em uma sociedade mais justa e equânime.

O Direito Penal não está alheio a estas transformações, principalmente por estarmos inseridos em uma sociedade moderna e complexa, portanto, completamente tolerante a riscos permitidos, sendo de rigor aguardar prudentemente que cada um saiba exatamente o que lhe cabe fazer diante das relações sociais diariamente renovadas, enquanto reserva seu poder sancionador para as atividades típicas, geradoras de riscos não permitidos.

Por fim, o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, mas trazer à discussão mais um ingrediente dentro da teoria do delito, de forma que tenhamos respostas mais científicas para as diversas situações fáticas, as quais exigem tratamento jurídico cada vez mais complexo dos operadores do direito.

## REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2010.

BUSATO, Paulo César. **Fatos e Mitos sobre a imputação objetiva**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral**. Luiz Flávio Gomes, Antonio Garcia-Pablos de Molina. Volume 2, 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais** / Luiz Flávio Gomes, Antonio Garcia-Pablos de Molina; tradução Luiz Flávio Gomes, Yellbin Marote Garcia, Davi Tangerino. 6ª ed. reform., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A auto-colocação da vítima em risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Luís. **Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

JACOBS, Günther. **A imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Adhemar. **Pelos caminhos da história**: ensino médio. Curitiba: Positivo, 2006.

MELIÁ, Manuel Cancio. **Conducta de la victima e imputacion objetiva em Derecho Penal**: Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de victima y autor em atividades arriesgadas. 2ª ed. Barcelona: J. M. Bosch, 2001.

MOREIRA FILHO, Guaracy. **Vitimologia**: o papel da vítima na gênese do delito. 2ª São Paulo: Jurídica Brasileira, 2004.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. **A vítima e o direito penal**: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Edmundo. **Vitimologia e direito penal**: o crime precipitado ou programado pela vítima. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PRADO, Luiz Régis. **Teorias da imputação objetiva do resultado**: uma aproximação crítica a seus fundamentos. Luiz Régis Prado, Érika Mendes de Carvalho; prefácio José Cerezo Mir. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Imputação Objetiva**. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

ROXIN, Claus. **Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal**. Tradução de Luís Greco. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra fractum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. **Imputação Objetiva e a Conduta da Vítima**. Curitiba: Juruá, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**: uma introdução à doutrina finalista. Tradução, prefácio e notas Luiz Régis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

**ANEXO****Apelação Criminal n. 25220-2/213 (200400100163)****Tribunal de Justiça do Estado de Goiás**

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 25220-2/213 (200400100163)

Comarca : Bela Vista de Goiás

Apelante : Ministério Público

Apelado : José Roberto de Oliveira

Relator : Des. Paulo Teles

*EMENTA: Apelação Criminal. Atentado violento ao pudor. Sexo grupal. Absolvição. Manutenção. Ausência de dolo. 1) A prática de sexo grupal é ato que agride a moral e os costumes minimamente civilizados. 2) Se o indivíduo, de forma voluntária e espontânea, participa de orgia promovida por amigos seus, não pode ao final do contubérnio dizer-se vítima de atentado violento ao pudor. 3) Quem procura satisfazer a volúpia sua ou de outrem, aderindo ao desregramento de um bacanal, submete-se conscientemente a desempenhar o papel de sujeito ativo ou passivo, tal é a inexistência de moralidade e recato neste tipo de confraternização. 4) Diante de um ato indubitavelmente imoral, mas que não configura o crime noticiado na denúncia, não pode dizer-se vítima de atentado violento ao pudor aquele que ao final da orgia viu-se alvo passivo do ato sexual. 5) Esse tipo de conchavo concupiscente, em razão de sua previsibilidade e consentimento prévio, afasta as figuras do dolo e da coação. 6) Absolvição mantida. 7) Apelação ministerial improvida.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os ilustres Desembargadores do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, por sua segunda turma julgadora da Primeira Câmara Criminal, na conformidade da ata de julgamento e acolhendo o parecer ministerial, à unanimidade de votos, conheceu do apelo e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Relator proferido na assentada do julgamento.

\* \* \*

Participaram do julgamento, além do Relator, os Desembargadores Elcy Santos de Melo, que presidiu a sessão, e Huygens Bandeira de Melo.

Presente o ilustre Procurador de Justiça, Doutor Luiz Cláudio Veiga Braga.

Goiânia, 29 de junho de 2004

Desembargador ELCY SANTOS DE MELO  
Presidente

Desembargador PAULO TELES  
Relator

## RELATÓRIO

A representante do Ministério Público da Comarca de Bela Vista de Goiás, ofereceu denúncia em desfavor de José Roberto de Oliveira, vulgo “Preguinho”, dando-o como incurso nas sanções do artigo 214, combinado com o artigo 224, letra “c”, ambos do Código Penal.

Com base no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, a Meritíssima Juíza de Direito absolveu o acusado José Roberto de Oliveira da imputação que lhe foi feita, determinando a expedição do competente alvará de soltura (fls. 89/96).

### Notícia a denúncia:

Consta do incluso inquérito policial que, no dia 11 de agosto de 2003, por volta das 22:30 h, em uma construção no Parque Las Vegas, nesta cidade, o denunciado, agindo com consciência e vontade, constrangeu a vítima Luziano Costa da Silva a permitir que com ele se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, o qual não podia oferecer resistência em razão de estado de embriaguez e efeito de substância entorpecente.

Segundo se apurou, naquela noite, o denunciado convidou a vítima para ingerir bebida alcoólica, o que foi aceito pela mesma. Então, o denunciado passou a oferecer pinga e cerveja para a vítima até que esta ficasse totalmente embriagada.

Após, o denunciado passou na residência de sua amásia, Ednair Alves Aurora de Assis, convidando-a a acompanhá-lo juntamente com a vítima até uma construção próxima, no Parque Las Vegas.

Ao chegar no local, o denunciado obrigou a vítima a fumar um cigarro de ‘maconha’, estando a mesma já completamente embriagada e sem a coordenação dos sentidos.

Em seguida, o denunciado retirou as roupas de sua amásia, deixando-a completamente nua, ordenando que a vítima também retirasse suas vestes e transasse com a mulher, dizendo que queria fazer uma ‘suruba’.

Ato contínuo, o denunciado passou a empurrar a sua esposa contra o corpo da vítima, derrubando-o no chão, para, em seguida, jogar-se por cima do corpo da vítima, momento em que Ednair conseguiu fugir.

Neste momento, o denunciado, visando satisfazer a sua concupiscência, aproveitou-se do estado de embriaguez da vítima, a qual estava, ainda, sob o efeito de substância entorpecente, e praticou coito anal na mesma que não podia oferecer resistência, conforme Relatório de Avaliação de Constatação Prévia de fls. 10, fugindo do local logo após.

Os doutores Delegado de Polícia e Promotor de Justiça representaram pela prisão preventiva do réu (fls. 13/14 e 2125).

Segregação decretada (fls. 27/30).

Denúncia recebida em 29 de agosto de 2003 (fl. 34-v).

Mandado de prisão cumprido às fls. 35/36.

Citado (fl. 45), o acusado foi interrogado (fls. 50/53), apresentou a defesa prévia de fl. 55 subscrita por advogado constituído.

Alegações finais da acusação pugnando pela condenação do réu José Roberto de Oliveira nos termos da peça inicial acusatória (fls. 64/73).

Derradeiras alegações da defesa requerendo a absolvição (fls. 75/77).

Laudo de exame de corpo de delito - atentado ao pudor "A" (fls. 84/85).

Sentença absolutória (fls. 89/96).

A ilustre Promotora de Justiça e o absolvido José Roberto de Oliveira tomaram ciência da decisão na mesma data, qual seja, 27 de novembro de 2003 (fls. 97 e 98).

Inconformada com o édito absolutório, no mesmo dia em que foi intimada, a representante do Ministério Público da instância singela, amparada no artigo 593, inciso I, do Código de Processo Penal, interpôs o presente recurso de apelação (fl. 100).

Razões recursais apresentadas às fls. 103/111, pugnando pela reforma da sentença para que seja José Roberto de Oliveira condenado nas penalidades do artigo 214, combinado com o artigo 224, letra "c", ambos do Código Penal.

Contra-razões (fls. 114/116).

Alvará de soltura (fl. 117).

Instada a manifestar-se, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por sua ilustre representante Procuradora Doutora Luzia Vilela Ribeiro, opinou "pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto".

É o relatório que passo ao meu douto Revisor, Desembargador Elcy Santos de Melo.

Goiânia, 05 de maio de 2004.

Desembargador PAULO TELES

Relator

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 25220-2/213 (200400100163)

Comarca : Bela Vista de Goiás

Apelante : Ministério Público

Apelado : José Roberto de Oliveira

Relator : Des. Paulo Teles

### V O T O

Recurso próprio e exercitado em tempo hábil. Por preencher os demais requisitos de admissibilidade, dele conheço.

Inconformado com a sentença que absolveu o réu José Roberto de Oliveira das sanções do delito previsto no artigo 214 em combinação com o artigo 224, letra “c”, ambos do Código Penal, o Ministério Público interpôs recurso apelatório a esta Corte, objetivando a reforma do **decisum**.

Alega serem as provas suficientes para proclamar o decreto condenatório.

Para tanto argumenta:

Denota-se, pois, que os depoimentos encontram-se harmônicos e coerentes, restando provado que a vítima efetivamente havia ingerido bebida alcoólica antes e foi obrigada a ‘fumar um cigarro de maconha’ fornecido pelo denunciado, sendo o seu primeiro contato com a droga. O consumo de ‘maconha’ vem confessado pelo próprio acusado no seu interrogatório judicial: **‘Que os três fizeram uso de substância entorpecente, maconha, no local’** (fl. 52). (fl. 107)

Constam dos autos que o acusado em uma construção no Parque Las Vegas, em Bela Vista de Goiás, teria constrangido a vítima Luziano Costa da Silva a permitir que com ele se praticasse ato libidinoso diverso da conjunção carnal, momento em que não poderia oferecer resistência em razão do seu estado de embriaguez e de estar também sob o efeito de substância entorpecente.

Conquanto a acusação busque o apenamento do réu pela imputação constante na denúncia, tenho que a instrução criminal não produziu provas suficientemente seguras para proclamar tal condenação.

Os componentes de provas trazidos aos autos pela acusação limitou-se aos depoimentos prestados em juízo pela vítima Luziano Costa da Silva e pela sua mãe, Maria Abadia da Costa (fls. 58/59 e 61).

O quadro exposto exige maiores cautelas com vistas a respaldar um decreto condenatório. Como se infere, a acusação se fundamenta apenas em depoimento da vítima e de sua genitora. Embora diga que estava embriagada e sob efeito de entorpecente, Luziano relatou detalhes sobre o fato tido por delituoso.

A ausência de outras provas deixa abalada a credibilidade dos elementos apurados na instrução processual, o que desautoriza uma condenação.

Ademais, a testemunha Ednair Alves Aurora de Assis, que se encontrava no local do fato, pois à época vivia com o apelado, relatou que tudo o que a vítima Luziano Costa da Silva fez ou deixou fazer foi de livre e espontânea vontade, **verbis** (fl. 60):

Que antes deste fato o José Roberto não teve outro relacionamento homossexual; que já tiveram relação sexual com mais duas mulheres apenas; que as carícias eram recíprocas entre acusado e vítima; que percebeu quando estava no Bar que o Luziano também mostrava interesse pelo José Roberto; que na construção o Luziano fez menção que queria praticar relação sexual com a depoente e José Roberto. [...] Que a depoente convidou a garçonete do bar para irem praticar relação sexual e então o Luziano escutou o convite e se ofereceu para ir no lugar da garçonete dizendo 'já que ela não quer ir eu vou'.

Desse modo, tenho que outro caminho não resta senão a confirmar a sentença que absolveu o acusado, nos termos do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal, privilegiando-se, desta feita, a aplicação do princípio **in dubio pro reo**.

Neste ponto são harmônicos os ensinamentos doutrinários no sentido de que, evidenciando dúvida capaz de abalar o convencimento do Juiz, por não materializadas provas concretas da ocorrência do delito, deve o magistrado optar pela absolvição do réu.

A propósito, lecionando sobre o tema o doutrinador Júlio Fabbrini MIRABETE, in "Processo Penal", 2ª edição, Editora Atlas, página 439, ensina:

Por último, o réu deve ser absolvido se 'não existir prova suficiente para a condenação' (inc. VI). São mais raras as hipóteses que ensejam a aplicação de tal dispositivo pois, normalmente, a causa de absolvição é uma das previstas nos incisos anteriores. Será este o inciso aplicável, porém, se houver dúvida quanto a existência de causas excludentes da ilicitude ou da culpabilidade alegadas e que, embora não comprovadas, levam ao princípio do **in dubio pro reo**.



A imposição desse princípio é de acolhimento compulsório quando a ele se amolda a espécie **sub judice**. Caso contrário, estar-se-ia possibilitando a adoção de soluções injustas, mesmo porque uma decisão que não se baseia em prova concreta é por si só temerária.

Em perfeita sintonia com esse raciocínio, merece destaque o comentário de Fernando da Costa TOURINHO FILHO, *in* “Código de Processo Penal Comentado”, volume 1, Editora Saraiva, 1996, página 577:

Uma condenação é coisa séria; deixa vestígios indeléveis na pessoa do condenado, que os carregará pelo resto da vida como um anátema. Conscientizados os Juízes desse fato, não podem eles, ainda que intimamente, considerem o réu culpado, condená-lo sem a presença de uma prova séria, seja a respeito da autoria, seja sobre a materialidade delitiva.

Este entendimento também encontra-se consubstanciado na jurisprudência aplicada iterativamente a casos análogos.

Ademais, o grupo de amigos reuniu-se com o propósito único de satisfazer a lascívia de cada um e de todos ao mesmo tempo, num arremedo de bacanal, que o vulgo intitula de sexo grupal.

Nesse tipo de congresso a regra moral dá lugar ao desvario, e enquanto perdurar a euforia, ninguém é de ninguém.

A literatura profana que trata do assunto, dá destaque especial ao despudor e desavergonhamento, porque durante a orgia consentida e protagonizada não se faz distinção de sexo, podendo cada partícipe ser sujeito ativo ou passivo durante o desempenho sexual entre parceiros ou parceiras.

Tudo de forma consentida e efusivamente festejada.

Registra-se, a propósito, lúcidos e magníficos precedentes desta Egrégia Corte de Justiça:

*APELAÇÃO - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – IN DUBIO PRO REO - PROVA. - As informações do inquérito policial não conduzem jamais à condenação, posto que, dentre os efeitos processuais do princípio de não culpabilidade, proíbe-se o acolhimento dos elementos informativos como prova. Como outro efeito, a dúvida que pulular o espírito do Juiz só gera a absolvição, diante do temor de se condenar um inocente, nos termos do artigo 386, do Código de Processo Penal. - A versão dada pelo acusado pode ser tão verídica quanto à produzida pela menor e por sua mãe (Rel. Des. Byron Seabra Guimarães, ACrim nº 17136-8/213, de Aparecida de Goiânia, DJE nº 12577 de 17/06/1997).*

*ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. INSUFICIÊNCIA DE PROVA PARA A CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO **IN DUBIO PRO REO**. ABSOLVIÇÃO. Inexistindo nos autos provas jurisdicionalizadas suficientes a embasar o decreto condenatório, impõe-se a absolvição do acusado, face aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, de acordo com o artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. Provido o do Ministério Público por unanimidade. (Rel. Des. Jamil Pereira de Macedo, ACrim. nº 20801-9/213, de Pontalina, DJE nº 13578 de 12/07/2001).*

Ante tais considerações, acolhendo o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, conheço do apelo porém nego-lhe provimento, mantendo ***in totum*** a sentença atacada.

É como voto.

Goiânia, 29 de junho de 2004.

Desembargador PAULO TELES

Relator